



UOHSX003ZL2B

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: R114/2011/VZ-445/2012/310/PMo

V Brně dne: 10. 1. 2012

Ve správním řízení o rozkladu doručeném Úřadu dne 23. 5. 2011 zadavatelem –

- **Městskou částí Praha 6**, se sídlem Čs. Armády 23/601, 160 52 Praha 6, IČ 00063703, zastoupené Bc. Janem Zárubou, místostarostou Městské části Praha 6,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 5. 2011, č.j. ÚOHS-S381/2010/VZ-3395/2011/530/JNe, o přezkoumání úkonů zadavatele, jehož dalšími účastníky správního řízení jsou navrhovatel –

- **AXIOM REAL, spol. s r. o.**, se sídlem Kolovratská 4/110, 100 00 Praha 10, IČ 25645510, za niž jedná Marek Turinský, jednatel společnosti, ve správním řízení na základě plné moci ze dne 7. 9. 2010 zastoupená AK Perthen, Perthenová, Švadlena a partneři, s.r.o., se sídlem Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové, IČ 27532640, za niž jedná Mgr. Petr Mikeš, jednatel, a dále vybraný uchazeč –
- **Bartoň a Partner s.r.o.**, se sídlem Chválkovice 580, 779 00 Olomouc, IČ 26810093, za niž jedná Michal Bartoň, jednatel,

učiněných v rámci veřejné zakázky „**Odstraňování graffiti na území městské části Praha 6**“, zadávané dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 12. 7. 2010 pod evidenčním číslem 60047167,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 5. 2011, č.j. ÚOHS-S381/2010/VZ-3395/2011/530/JNe,

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Městská část Praha 6, se sídlem Čs. Armády 23/601, 160 52 Praha 6, IČ 00063703, zastoupená Bc. Janem Zárubou, místostarostou Městské části Praha 6 (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, v informačním systému o veřejných zakázkách dne 12. 7. 2010 pod evidenčním číslem 60047167 veřejnou zakázku „Odstraňování graffiti na území městské části Praha 6 “ (dále jen "**zakázka**").
2. V zadávací dokumentaci (dále jen "**dokumentace**") zadavatel zveřejnil podrobné vymezení předmětu zakázky, kterým je odstraňování graffiti z nemovitostí fyzických a právnických osob na území městské části Praha 6, z herních zařízení či jejich částí, z informačních cedulí, odpadkových košů, laviček, pomníků a z jiných zařízení ve veřejné zeleni či na veřejných prostranstvích, včetně provádění pravidelného monitoringu výskytu graffiti, a to v rozsahu a za podmínek stanovených dokumentací, zejména pak technickými a obchodními podmínkami. Doba plnění zakázky byla stanovena na dobu 4 let, přičemž v technických podmínkách jsou stanoveny způsoby odstraňování graffiti, včetně uvedených lhůt na odstranění graffiti a specifikace postupu při odstraňování graffiti na vyjmenovaných zařízeních či objektech, a dále jsou v nich uvedeny požadavky na monitoring území městské části Praha 6 a požadavky k vytvoření funkční informační databáze graffiti.
3. V bodě 5. dokumentace jsou uvedeny požadavky na prokázání splnění kvalifikace, kde je mj. uvedeno, že požadované doklady k prokázání kvalifikace musejí být předloženy v originálu či úředně ověřené kopii². Pod bodem 5.1.1 je uvedeno, že pokud bude dodavatel prokazovat splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, je povinen předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění zakázky dodavatelem, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.

¹ Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

² Bude-li zadavatelem vyžadováno čestné prohlášení, musí být podepsáno statutárním orgánem dodavatele, v případě podpisu jinou osobou, musí být originál nebo úředně ověřená kopie zmocnění této osoby součástí dokladů, kterými uchazeč prokazuje splnění kvalifikace.

4. Dle bodu 5.3 dokumentace prokáže splnění *profesních kvalifikačních předpokladů* dodavatel, který předloží: a) výpis z obchodního rejstříku, pokud je v něm zapsán, či výpis z jiné obdobné evidence, pokud je v ní zapsán, b) doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních pr. předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu zakázky, zejména doklad prokazující živnostenské oprávnění či licenci, c) doklad vydaný profesní samosprávnou komorou či jinou profesní organizací prokazující jeho členství v této komoře či jiné organizaci, je-li takové členství nezbytné pro plnění zakázky na služby podle zvláštních pr. předpisů, d) doklad osvědčující odbornou způsobilost dodavatele nebo osoby, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje, je-li pro plnění zakázky nezbytná podle zvláštních pr. předpisů³. V bodě 6 dokumentace pak k prokázání splnění *ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů* zadavatel požaduje předložení dokladů prokazujících mj. účetní závěrku⁴, přičemž ke splnění kvalifikace požaduje, aby v závěrce nebyl vykázán záporný hospodářský výsledek, a dále požaduje doložení výkazu obratu uchazeče, který prokáže předložením údajů o obratu dodavatele zjištěného podle zvláštních pr. předpisů a obratu dosaženého dodavatelem s ohledem na předmět zakázky za poslední 3 účetní období⁵. Zadavatel ke splnění kvalifikace dále požaduje, aby v žádném ze sledovaných účetních období neklesl celkový roční obrat uchazeče pod limit 8 mil. Kč a obrat za plnění dosažená s ohledem na předmět zakázky pod limit 8 mil. Kč za rok (obrat za plnění dosažená s ohledem na předmět zakázky je uchazeč povinen též doložit seznamem stavebních akcí, které jsou zahrnuty v příslušných obrazech).
5. V bodě 7.1 pak požaduje prokázání splnění *technických kvalifikačních předpokladů* předložením seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí. Za poskytnutí významné služby zadavatel považuje komplexní a nepřetržité provádění „antisprejerového programu“ – odstraňování graffiti, aplikace antigraffiti nátěrů a provádění monitoringu v minimálním rozsahu správy 800 venkovních fasád nemovitostí po dobu nejméně jednoho roku v minimálním rozsahu plnění 5 mil. Kč⁶. Osvědčení vyhotovené objednatelem o provedení nejvýznamnějších služeb přitom musí obsahovat veškeré údaje nutné k posouzení kvalifikačního předpokladu jako splněného. Zadavatel ke splnění kvalifikace požaduje pro nejvýznamnější služby předložit alespoň 3 kusy osvědčení, resp. prohlášení (pro každou z významných služeb)⁷.

³ Zadavatel dále stanoví, že doklady dle písm. b) je dodavatel povinen předložit v minimálním rozsahu nutném k plnění této zakázky, přičemž na předložení dokladů dle písm. c) a d) neuplatňuje žádné požadavky.

⁴ Včetně zprávy auditora, je-li zákonem uložena, sestavenou k poslednímu dni předcházejícího účetního období, je-li pr. řádem platným v zemi sídla nebo bydliště uchazeče stanovena.

⁵ Jestliže dodavatel vznikl později nebo prokazatelně zahájil činnost vztahující se k předmětu zakázky později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu za všechna účetní období od svého vzniku nebo od zahájení činnosti. Uchazeč předloží požadované údaje ve formě čestného prohlášení – toto nesmí být učiněno s datem starším, než je datum oznámení zakázky.

⁶ Seznam je dodavatel povinen předložit ve formě čestného prohlášení, kde uvede: název objednatele, název zakázky, kde byly významné služby realizovány, celkový rozsah plnění, doba a místo provedení prací, údaj o tom, zda je přiloženo osvědčení objednatele o řádném provedení služby.

⁷ Alespoň 1 z významných služeb přitom musí zahrnovat odstraňování graffiti tvorby z prvků a součástí dětských hřišť a sportovišť v minimálním rozsahu plnění 100 000 Kč. Alespoň 1 z dokládaných významných služeb současně musí zahrnovat odstraňování graffiti z pomníků a uměleckých děl v minimálním rozsahu plnění 200 000 Kč.

6. Zadavatel požaduje prokázat předmětný kvalifikační předpoklad předložením *seznamu techniků či technických útvarů*, jež se budou podílet na plnění zakázky, a to zejména techniků či technických útvarů zajišťujících kontrolu jakosti bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k němu. Dále je uchazeč povinen zahrnout do grafického znázornění organizace týmu a dále předložit profesní životopisy za příslušné pracovníky (v požadované struktuře) a za splnění dalších podmínek⁸. V bodě 7.3 pak požaduje předložení dalších opatření k zajištění jakosti, a sice popisu technického vybavení a opatření používaných dodavatelem k zajištění jakosti a popisu zařízení či vybavení dodavatele určeného k provádění výzkumu – k prokázání tohoto kvalifikačního předpokladu předloží čestné prohlášení a požadovaný certifikát. Ke splnění tohoto kvalifikačního předpokladu požaduje: *Popis technického vybavení* – dodavatel je povinen v čestném prohlášení prokázat, že disponuje technickým vybavením nutným k řádnému plnění zakázky⁹. Taktéž požaduje, aby uchazeč při plnění zakázky zajistil přísné dodržování bezpečnosti a ochrany zdraví při práci a zajištění daných opatření na úrovni normy OHSAS 18001. Tento kvalifikační předpoklad dodavatel prokáže předložením certifikátu systému řízení jakosti vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou – ke splnění kvalifikace dále požaduje, aby uchazeč předložil certifikát systému řízení jakosti řady ISO 9001 pro plnění, jež je předmětem této zakázky (pokud má uchazeč zaveden jiný systém řízení jakosti, může předložit jiný certifikát, který prokazuje zavedení tohoto systému v organizaci uchazeče).
7. V bodě 9.2 zadavatel požaduje, aby uchazeč předložil jako přílohu návrhu smlouvy originál závazného příslibu banky o tom, že je v případě uzavření smlouvy s uchazečem připravena poskytnout bankovní záruku za dodržení smluvních podmínek, kvality a termínů provedení zakázky ve výši 0,5 mil. Kč¹⁰.
8. V bodě 2.9 dokumentace (v části technické podmínky) zadavatel požaduje, aby uchazeč v nabídce předložil návrh a funkční schéma internetového informačního systému/databáze, která bude obsahovat všechny nemovitosti zařazené do antisprejerového programu Prahy 6 včetně kontaktů na majitele, které bude možné vyhledávat dle různých parametrů, přičemž uchazeč bude do 14 dnů od podpisu Smlouvy povinen na své náklady vybudovat takový info systém (umístit ho na internet, spravovat, umožnit přístup zadavateli a ukládat po celou dobu plnění zakázky veškeré požadované informace).

⁸ Minimální délka praxe v oboru 10 let, znalost českého jazyka slovem i písmem, účast na realizaci zakázky (po celou dobu trvání), odpovídající svým charakterem této zakázce v období posledních 3 let, vzdělání minimálně SŠ (v případě specialisty graffiti je nutné doložit odborné zaměření vzdělání).

⁹ Tj. funkční technologie k odstraňování graffiti a aplikaci antigraffiti, vlastní výzkum, resp. smlouva s výzkumným pracovištěm v oblasti přípravků k odstraňování graffiti, zabezpečující možnost rychlého přizpůsobení se novým barvám a prostředkům používaným v této oblasti, seznam chem. přípravků určených k odstraňování graffiti s doložením bezpečnostních listů dle nařízení EP a Rady ES č. 109/2006, příloha II. Bezpečnostní listy dále musí být dle rozsahu doplněny o scénáře expozic, doklad autorizované osoby dle zákona č. 356/2003 Sb., v platném znění, pro aplikaci chem. přípravků k zabezpečování ochrany proti graffiti a k jejich odstraňování.

¹⁰ Formou záruční listiny výhradně ve prospěch zadavatele (objednatel) zakázky jako oprávněného. Bankovní záruka musí být vystavena jako neodvolatelná a bezpodmínečná, přičemž banka se zaváže k plnění bez námitek a na základě 1. výzvy oprávněného; platnost závazného příslibu banky musí být vždy nejméně do konce zadávací lhůty (prodloužené o 90 dnů). Bankovní záruka příslibem pak musí bezvýhradně splňovat veškeré podmínky upravené závaznými smluvními podmínkami.

9. Zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek nabídky dvou uchazečů. Dle obsahu Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek a z Protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 31. 8. 2010 hodnotící komise konstatovala, že uchazeč AXIOM REAL, spol. s r.o., se sídlem Kolovratská 4/110, 100 00 Praha 10, IČ 25645510 (dále jen "navrhovatel"), neprokázal splnění základního kvalifikačního předpokladu dle § 53 odst. 1 písm. j) zákona, když nepředložil čestné prohlášení o tom, že není veden v rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek, a dále neprokázal ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad – účetní závěrku, resp. její předložení v plném rozsahu¹¹. Hodnotící komise konstatovala, že kvalifikační předpoklady a zadávací podmínky splnila pouze nabídka uchazeče Bartoň a Partner s.r.o., se sídlem Chválkovice 580, 779 00 Olomouc, IČ 26810093, za něhož jedná Michal Bartoň, jednatel (dále jen „**vybraný uchazeč**“), přičemž dle hodnotící komise předmětná nabídka neobsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu.
10. Dne 3. 9. 2010 zadavatel vydal Oznámení o vyloučení navrhovatele z otevřeného řízení dle § 71 odst. 10 zákona a dopisem ze dne 6. 9. 2010 vydal Oznámení o přidělení zakázky vybranému uchazeči. Navrhovatel podal námitky proti rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení (dle § 71 odst. 10 zákona) ze dne 6. 9. 2010, dále proti postupu zadavatele při posouzení kvalifikace a při posouzení a hodnocení nabídek (včetně zprávy o posouzení nabídek) a proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 6. 9. 2010. Dne 21. 9. 2010 vydal zadavatel rozhodnutí o námitkách, kterým námitkám navrhovatele nevyhověl. Jelikož navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "**Úřad**") návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, návrh na nařízení předběžného opatření a návrh na uložení zákazu plnění smlouvy.
11. Návrh ze dne 1. 10. 2010 byl Úřadu doručen téhož dne a tímto dnem tak bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S381/2010/VZ-16197/2010/530/JNe ze dne 27. 10. 2010. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S381/2010/VZ-16199/2010/530/JNe z téhož dne stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dne 29. 10. 2010 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S381/2010/VZ-16249/2010/530/JNe o předběžném opatření, kterým zamítl návrh navrhovatele na uložení předběžného opatření spočívajícího v zákazu zadavateli uzavřít smlouvu v zadávacím řízení podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona, neboť navrhovatel ve svém návrhu na vydání předběžného opatření neprokázal odůvodněnost vydání předběžného opatření.

II. Napadené rozhodnutí

12. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad podle § 112 zákona dne 2. května 2011 rozhodnutí č.j. ÚOHS-S381/2010/VZ-3395/2011/530/JNe (dále jen

¹¹ Předložení účetní uzávěrky v rozsahu pouhé rozvahy a výkazů zisků a ztrát nelze považovat za předložení účetní uzávěrky v plném rozsahu. Rovněž nebyl předložen příslib bankovní záruky dle požadavku zadavatele pod bodem 9.2 – ten požadoval její platnost prodlouženou o 90 dnů od konce zadávací lhůty, která končila 23. 11. 2010, ale platnost příslibu banky byla pouze do 31. 12. 2010

"**napadené rozhodnutí**"), v jehož výrokové části I. konstatoval, že zadavatel v důsledku vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení neporušil zákon (a nebyly tak zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 a 2 zákona), a proto dle § 118 odst. 4 písm. a) zákona návrh v části týkající se vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení zamítnul. Ve výrokové části II. Úřad konstatoval, že zadavatel při posouzení kvalifikace dle § 59 zákona a při posouzení nabídky vybraného uchazeče dle § 76 zákona spáchal správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť z nabídky vybraného uchazeče je zřejmé, že tato nabídka nesplnila požadavky stanovené v zadávací dokumentaci, čímž zadavatel porušil zásadu zákazu diskriminace v zadávacím řízení, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Ve výrokové části III. Úřad zadavateli uložil za spáchání předmětného správního deliktu dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 250 000,- Kč.

13. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí podotkl k otázce vyloučení navrhovatele a k problematice formálních nedostatků uvedených v rozhodnutí o jeho vyloučení následující skutečnosti. V prvé řadě deklaroval, že zadavatel k prokázání splnění kvalifikace v bodě 5. dokumentace uvedl seznam všech základních kvalifikačních předpokladů dle § 53 odst. 1 zákona a též způsob prokázání jejich splnění dle § 53 odst. 2 zákona. K tvrzení navrhovatele, že jde jen o písařskou chybu a že podmínku dle § 53 odst. 1 písm. j) zákona splňuje, Úřad podotkl, že odpovědnost za úplnost a správnost prokázání splnění kvalifikace mají pouze uchazeči, přičemž nelze po zadavateli požadovat, aby toleroval jejich pochybení. Úřad dodal, že postup dle § 59 odst. 4 zákona (dle něhož zadavatel může po dodavateli požadovat, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace) je pouze fakultativní, zadavatel tudíž není povinen této možnosti využít. Zadavatel tedy dle Úřadu postupoval při vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení v souladu s § 53, § 59 a § 60 zákona, neboť navrhovatel neprokázal splnění základního kvalifikačního předpokladu uvedeného v § 53 odst. 1 písm. j) zákona.
14. Dále Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí podotkl, že navrhovatel ve své nabídce nepředložil v plném rozsahu účetní uzávěrku k prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, jak je stanoveno v bodě 6.2 dokumentace. V této souvislosti poukázal na zákon č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů, dle jehož ustanovení § 18 odst. 1 je účetní uzávěrka nedílný celek – tvoří ji rozvaha (bilance), výkaz zisku a ztráty a příloha, která vysvětluje a doplňuje informace obsažené v předchozích částech. Nesplnění tohoto kvalifikačního předpokladu je hodnotící komisí konstatováno ve Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 31. 8. 2010, přičemž dle Úřadu z výše uvedeného plyne, že kvalifikace nebyla navrhovatelem prokázána v souladu se zákonem a požadavky zadavatele uvedenými v dokumentaci.
15. K problematice závazného příslibu banky Úřad poznamenal, že v bodě 9.2 dokumentace je uveden požadavek na předložení dokladu originálu závazného příslibu banky se stanovenou platností – stanovený doklad nebyl navrhovatelem k návrhu smlouvy doložen. K postupu hodnotící komise zadavatele Úřad uvedl, že v závislosti na ustanovení § 76 zákona je třeba rozlišovat rozhodnutí o vyřazení nabídky, které přijímá hodnotící komise, a rozhodnutí o vyloučení uchazeče, které přijímá zadavatel. Dále poukázal na judikaturu Vrchního soudu,

dle níž *“zkoumání dalších důvodů vyloučení uchazeče za situace, že alespoň jediný důvod je oprávněný, je nadbytečné“*. K tomu Úřad uzavřel, že i kdyby existoval pouze jeden kvalifikovaný důvod pro vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení, je postup zadavatele v souladu se zákonem.

16. Následně Úřad poukázal na to, že z obsahu Oznámení o vyloučení z otevřeného řízení (vydaného zadavatelem dne 3. 9. 2010) není žádných pochyb o tom, že zadavatel hodlal vyloučit navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, a to z důvodů, které zadavatel v odůvodnění svého rozhodnutí podrobně popsal. Dle Úřadu je tato skutečnost zcela zřejmá z vlastního obsahu písemnosti, z něhož vyplývá, že nabídka navrhovatele nesplňuje kvalifikační předpoklady a další požadavky zadavatele stanovené v podmínkách zadání. Úřad se proto ztotožnil s argumentací zadavatele, že obsah písemnosti (ve spojení s odůvodněním a poučením o dalším postupu) nepřipouští jiný výklad než ten, že došlo k vyloučení uchazeče z účasti v daném zadávacím řízení. Dle Úřadu tedy byl navrhovatel vyloučen oprávněně.
17. V souvislosti s problematikou posouzení nabídky vybraného uchazeče Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl následující. Na základě přezkoumání části dokumentace a následné kontroly obsahu nabídky vybraného uchazeče zjistil, že zadavatel při zadávání předmětné zakázky nedodržel postup dle § 76 odst. 1 zákona tím, že nesprávně posoudil a nevyřadil nabídku vybraného uchazeče, jež nesplňovala požadavky uvedené v zadávacích podmínkách, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Pro prokázání splnění kvalifikace vybraného uchazeče lze dle Úřadu přihlížet jen k dokumentům zařazeným v nabídce každého uchazeče, nelze proto přihlížet k žádnému dokumentu doloženému po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Dle Úřadu zadavatel jednoznačně vymezil předmět zakázky – z tohoto hlediska je tedy třeba posuzovat splnění technických kvalifikačních předpokladů. Úřad se tudíž neztotožnil s tvrzením zadavatele, že je možné splnit požadavek na správu minimálně 800 fasád nemovitostí ročně přepočtem realizovaných úklidových služeb a odstraňování graffiti z prostředků MHD, stanic metra a budov (či z vozů a budov) z m² realizovaných ploch a z toho propočítat průměr, který by odpovídal ploše jedné fasády. Dle Úřadu nelze kvalifikaci uchazeče posoudit takovým způsobem, neboť jde pouze o odhad zadavatele – v nabídce vybraného uchazeče není počet 800 fasád uveden a z referencí v nabídce vybraného uchazeče ho nelze objektivně dovodit; v nabídce vybraného uchazeče nejsou doloženy reference dle požadavků zadavatele, vybraný uchazeč tedy neprokázal, že by v období 2007 až 2010 spravoval minimálně 800 venkovních fasád nemovitostí, a nesplnil tak požadavek zadavatele.
18. Následně Úřad poukázal na to, že další požadavek zadavatele uvedený v dokumentaci se týkal praxe techniků v min. délce praxe v oboru 10 let a účast na realizaci zakázky (po celou dobu trvání) odpovídající svým charakterem této zakázce v období posledních 3 let. Dle něj zadavatel u obou techniků uvedených v nabídce vybraného uchazeče správně posoudil doložení požadované praxe v oboru 10 let. U manažera zakázky však není v nabídce prokázáno, že by se v posledních 3 letech účastnil po celou dobu trvání zakázky na realizaci zakázky na antisprejový program nebo odstraňování graffiti, čímž zadavatel tento technický

kvalifikační předpoklad nesprávně posoudil – u manažera zakázky v nabídce vybraného uchazeče tak požadovaná praxe nebyla prokázána.

19. V souvislosti s požadavkem zadavatele (uvedeným v bodě 2.9.1 dokumentace), aby uchazeč doložil návrh a funkční schéma internetového informačního systému/databáze Úřad poznamenal, že vybraný uchazeč k návrhu smlouvy ani jinde v nabídce nedoložil dokument, který by obsahoval návrh a funkční schéma internetového informačního systému. Zpochybnil tak tvrzení zadavatele, že se jedná o zjevnou písařskou chybu, o níž zadavatel a hodnotící komise nevěděli, a proto jí nevěnovali pozornost. Z toho dle Úřadu vyplývá, že ani tento požadavek zadavatele nebyl splněn předloženou nabídkou vybraného uchazeče.
20. K otázce předložení certifikátů ISO 9001 a OHSAS 18001 Úřad uvedl, že vybraný uchazeč doložil certifikát ISO 9001, který nesouvisí s plněním předmětu zakázky; předložil i certifikát OHSAS 18001, čímž požadavek zadavatele splnil. Subdodavatel vybraného uchazeče pak doložil certifikát ISO 9001 a OHSAS 18001. Dle Úřadu jeho nabídka skutečně obsahuje požadované certifikáty ISO 9001 a OHSAS 18001 – požadavek zadavatele tak byl splněn.
21. V závěru odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad shrnul, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 59 odst. 1 zákona, v § 60 zákona a § 76 zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že nevyloučil vybraného uchazeče ze zadávacího řízení z důvodu nepředložení dokladů prokazujících splnění kvalifikace (zároveň postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu). Zadavatel tudíž uplatnil mírnější režim vůči jednomu z uchazečů – opakovaně postupoval odlišně vůči navrhovateli a vybranému uchazeči a tím porušil ustanovení § 6 zákona, tedy nedodržel princip nediskriminace a rovného zacházení.

III. Námitky rozkladu

22. Dne 17. 5. 2011 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 23. 5. 2011. Rozklad zadavatele směřuje proti výrokové části II. a III. napadeného rozhodnutí.

Úřad nevzal v potaz ustanovení § 59 odst. 4 zákona

23. Zadavatel v první řadě poukazuje na skutečnost, že Úřad nevzal v úvahu ustanovení § 59 odst. 4 zákona, dle něhož je uchazeč povinen na výzvu zadavatele poskytnout další dodatečné informace či předložit doklady prokazující splnění kvalifikačních předpokladů – z tohoto ustanovení dle něj vyplývá, že při hodnocení kvalifikace lze přihlídnout i k dokumentům, které byly předloženy mimo nabídku uchazeče, resp. k dokumentům doručeným po uplynutí lhůty pro podání nabídek.

Dosavadní praxe vybraného uchazeče je dostačující; termín "fasáda" byl ponechán výkladu zadavatele

24. Zadavatel ve svém rozkladu dále podotýká, že dokumentace uvádí jako jedno z kritérií odstraňování graffiti v rozsahu správy 800 venkovních fasád. Jedná se však pouze o pomocné kritérium, přičemž z gramaticky jazykového výkladu dle něj vyplývá, že jde o výkon této činnosti v rozsahu správy 800 fasád – nikoli však pouze prostřednictvím fasád. Termín "fasáda" nebyl v dokumentaci specifikován a byl ponechán výkladu zadavatele, který při výběru nejvhodnějšího uchazeče dospěl k závěru, že dosavadní praxe vybraného uchazeče je ve vztahu k dané zakázce dostačující. Zadavatel si je dle svého tvrzení vědom, že při vymezení tohoto technického předpokladu nebyla dostatečně určitým způsobem vymezena plocha fasády (v m²), ani povrchová úprava fasády, a proto vzal tento technický kvalifikační předpoklad u vybraného uchazeče za prokázaný způsobem, který je uveden ve vyjádření zadavatele ze dne 22. 2. 2011. Zadavatel vyjádřil své přesvědčení, že technický kvalifikační předpoklad dle bodu 7.1 dokumentace byl ze strany vybraného uchazeče prokázán.

Splnění kvalifikace týkající se délky praxe manažera zakázky vybraný uchazeč prokázal

25. Následně zadavatel zpochybňuje závěr Úřadu týkající se nesplnění délky praxe manažera zakázky v oboru a jeho účasti na realizaci zakázky charakterem odpovídající předmětné zakázce, neboť je přesvědčen, že obecná praxe v oboru úklidových služeb je zcela dostatečná a stejně tak účast na realizaci rozsáhlé úklidové zakázky. Dle svého tvrzení nikde nestanovil, že by termínem "podobný charakter zakázky" rozuměl právě odstraňování graffiti, přičemž v bodě 5.5 dokumentace uvedl, že dodavatel může doklady požadované zadavatelem nahradit i jinými doklady. Zadavatel dále vyjadřuje nesouhlas se stanoviskem Úřadu obsaženém v bodě 63 odůvodnění napadeného rozhodnutí, přičemž namítá, že byla požadována pouze účast na realizaci zakázky odpovídající svým charakterem předmětné zakázce v období posledních 3 let – vybraný uchazeč ve své nabídce doložil čestné prohlášení, kterým tuto část technických kvalifikačních předpokladů prokázal. Dle zadavatele Úřad svým extenzivním výkladem nepřípustně rozšiřuje znění dokumentace, čímž se dostává do rozporu s judikaturou NSS, dle níž mu nepřísluší přezkoumávat myšlenkové pochody jednotlivých hodnotitelů nabídek, ale pouze dodržení zákonného rámce postupu při zadávání zakázky.

Požadavek na doložení návrhu a funkčního schématu internetového info systému vybraný uchazeč splnil

26. V souvislosti s problematikou nedoložení návrhu a funkčního schématu internetového informačního systému ze strany vybraného uchazeče zadavatel podotkl, že vytýkané pochybení nenastalo v rámci hodnotící či výběrové části procesu zakázky – plyne již ze samotné konstrukce dokumentace, která v otázce předložení informačního systému patrně připouští dvojí výklad, což nemůže být přičítáno k tíži zadavatele. Pokud by zadavatel požadoval předložení informačního systému již v okamžiku podání nabídky, nepochybně by tento požadavek zdůraznil již v dokumentaci a nikoliv až v rámci technických podmínek

a všeobecných obchodních podmínek – prezentace funkčního systému je vyžadována až v rámci realizace zakázky.

Úřad stanovil výši pokuty chybným způsobem, přičemž ji dostatečně neodůvodnil; její uložení je neopodstatněné

27. Ve vztahu k výrokové části III. napadeného rozhodnutí v rámci námítky týkající se výše uložené pokuty zadavatel poukazuje na to, že Úřad použil při jejím stanovení chybnou metodu. Podle něj neměl vycházet z výše jeho rozpočtu, ale z výsledku hospodaření. Dále Úřad nedostatečně odůvodnil výši jím uložené pokuty, což dle něj zakládá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí. V této souvislosti zdůrazňuje, že vůči jednomu z uchazečů neuplatnil mírnější režim, udělení pokuty tudíž není opodstatněné.

Závěr rozkladu

28. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

Stanovisko předsedy Úřadu

29. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
30. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
31. Úřad tím, že ve svém rozhodnutí č.j. ÚOHS-S381/2010/VZ-3395/2011/530/JNe ze dne 2. 5. 2011 konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a to při posouzení kvalifikace dle § 59 zákona a při posouzení nabídky vybraného uchazeče dle § 76 zákona, neboť z nabídky vybraného uchazeče je zřejmé, že tato nabídka nesplnila požadavky stanovené v zadávací dokumentaci, čímž zadavatel porušil zásadu zákazu diskriminace v zadávacím řízení, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, a tím, že mu za spáchání tohoto deliktu uložil dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 250 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

K námitkám rozkladu

Úřad nevzal v potaz ustanovení § 59 odst. 4 zákona

32. V první řadě poukazuji na skutečnost, že rozklad zadavatele směřuje pouze proti výrokové části II. a III. napadeného rozhodnutí, přičemž s jeho argumentací se nelze v žádném případě ztotožnit. V souvislosti s jeho tvrzením, dle něhož Úřad nevzal v potaz ustanovení § 59 odst. 4 zákona, a v rámci něhož uvedl, že při hodnocení kvalifikace lze přihlídnout i k dokumentům, jež byly doručeny po uplynutí lhůty pro podání nabídek, uvádím následující. Dle ustanovení § 59 odst. 4 zákona jsou dodatečně předložené dokumenty v zadávacím řízení přípustné za situace, kdy jsou předloženy na základě výzvy zadavatele. Třebaže se v této souvislosti lze ztotožnit s tvrzením zadavatele, že při hodnocení kvalifikace lze přihlídnout i k dokumentům, které byly předloženy mimo nabídku uchazeče (resp. k dokumentům doručeným po uplynutí lhůty pro podání nabídek), v daném případě zadavatel možnosti vyplývající právě z ustanovení § 59 odst. 4 zákona nevyužil, což je vzhledem k fakultativní povaze předmětného ustanovení zcela přípustné. Je však nutné deklarovat, že postup zadavatele nelze akceptovat z toho důvodu, že ve vztahu k vybranému uchazeči možnost dodatečného předložení příslušných dokladů (způsobilých prokázat splnění požadované kvalifikace) připustil, a naproti tomu ve vztahu k navrhovateli stejnou možnost nepřipustil. Nadto je třeba zdůraznit, že odpovědnost za úplnost a správnost prokázání splnění kvalifikace mají pouze uchazeči – zadavatel tudíž nemůže tolerovat jejich pochybení.
33. K této námitce shrnuji následující. Jak již bylo konstatováno, postup podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona – dle něhož *"zadavatel může požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace"* – je pouze fakultativní, z čehož vyplývá, že zadavatel není povinen této možnosti využít. V této souvislosti je třeba poukázat na ustanovení § 6 zákona zakotvující zásadu nediskriminace a rovného zacházení. Za situace, kdy zadavatel vyloučil navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení, neboť neprokázal splnění základního kvalifikačního předpokladu dle § 53 odst. 1 písm. j) zákona (a postupoval tak v souladu se zákonem), přičemž ale stejným způsobem nepostupoval vůči vybranému uchazeči, je zřejmé, že vůči jednotlivým uchazečům o předmětnou zakázku postupoval odlišně. Navrhovateli totiž neumožnil dodatečně předložit příslušné doklady prokazující splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu a v případě vybraného uchazeče totéž akceptoval. Předmětná argumentace zadavatele tudíž nemůže obstát.

Dosavadní praxe vybraného uchazeče je dostačující; termín "fasáda" byl ponechán výkladu zadavatele

34. S námitkou zadavatele, v rámci níž podotkl, že v případě jednoho z kritérií odstraňování graffiti v rozsahu správy 800 venkovních fasád se jedná pouze o pomocné kritérium, přičemž jde o výkon této činnosti v rozsahu správy 800 fasád – nikoliv pouze prostřednictvím fasád, se nelze ztotožnit. Akceptovat nelze ani námitku, dle níž termín "fasáda" nebyl v dokumentaci specifikován a byl tak ponechán na výkladu zadavatele, který při výběru

nejvhodnějšího uchazeče dospěl k závěru, že dosavadní praxe vybraného uchazeče je ve vztahu k dané zakázce dostačující (zatímco připustil, že při vymezení tohoto technického předpokladu nebyla dostatečně určitě vymezena plocha fasády v m², ani povrchová úprava fasády), pročež vzal tento technický kvalifikační předpoklad dle bodu 7.1 dokumentace u vybraného uchazeče za prokázáný. K oběma výše uvedeným námitkám deklaruji následující skutečnosti. Zadavatel v dokumentaci výslovně uvádí, že *"za poskytnutí významné služby považuje komplexní a nepřetržité provádění antisprejerového programu – odstraňování graffiti, aplikace graffiti nátěrů a provádění monitoringu v minimálním rozsahu správy 800 venkovních fasád nemovitostí po dobu nejméně jednoho roku v minimálním rozsahu plnění 5 mil. Kč"*.

35. Zadavatel vymezil požadavky na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů v dokumentaci dostatečně určitě a jednoznačně, když požadoval výše uvedenou referenci. Všechna použitá slova mají dostatečně určitý význam, přičemž termín "fasáda nemovitosti" lze vykládat pouze v tom smyslu, že jde o venkovní fasádu nemovitosti – pojem "venkovní fasáda nemovitosti" byl zadavatelem zvolen jakožto protiklad zejména ve vztahu k drobným věcem movitým, jejichž povrch by bylo obtížné objektivně kvantifikovat. Zdůrazňuji, že zadavatel je oprávněn posuzovat pouze skutečnosti, které jsou v nabídce daného uchazeče písemně prokázány – a to pouze na základě kritérií vymezených v dokumentaci, nikoliv tedy na základě své dodatečné úvahy mající extenzivní charakter. Za srozumitelnost, jednoznačnost a určitost dokumentace je odpovědný zadavatel, který v daném případě stanovil požadavek na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů formou správy 800 venkovních fasád nemovitostí. Naproti tomu za srozumitelnost, úplnost a správnost nabídky je odpovědný uchazeč – ten tak musel v nabídce prokázat, že by spravoval minimálně 800 venkovních fasád nemovitostí. V nabídce vybraného uchazeče však reference dle požadavků zadavatele nejsou doloženy. Z toho nadevší pochybnost vyplývá, že vybraný uchazeč neprokázal, že by v období let 2007 až 2010 spravoval minimálně 800 venkovních fasád nemovitostí, čímž nesplnil požadavek zadavatele.
36. K této námitce shrnuji, že Úřad postupoval zcela správně a v souladu se zákonem, když se v rámci napadeného rozhodnutí neztotožnil s tvrzením zadavatele, dle něhož je požadavek na správu minimálně 800 fasád nemovitostí ročně možné splnit přepočtem realizovaných úklidových služeb a odstraňování graffiti z prostředků MHD, stanic metra a budov či z vozů a budov z m² realizovaných ploch a z toho propočítat průměr, který by odpovídal ploše jedné fasády. Je totiž zřejmé, že takovým způsobem nelze posoudit kvalifikaci uchazeče – v nabídce vybraného uchazeče počet 800 fasád není uveden a z referencí v jeho nabídce jej nelze objektivně dovodit. Pro splnění požadavku vyplývajícího z dokumentace totiž nebyla rozhodující celková spravovaná plocha v m², nýbrž právě počet spravovaných venkovních fasád nemovitostí. Zadavatel tedy bez ohledu na nedostatky reference předložené vybraným uchazečem v jeho nabídce tuto referenci akceptoval, ačkoliv z ní splnění technických kvalifikačních předpokladů zadavatele nelze dovodit. Na základě výše uvedených skutečností je proto nutné i tuto námitku zadavatele jako nedůvodnou zamítnout.

Splnění kvalifikace týkající se délky praxe manažera zakázky vybraný uchazeč prokázal

37. V souvislosti s námitkou zadavatele, v rámci níž zpochybňuje konstatování Úřadu týkající se nesplnění prokázání kvalifikace vybraného uchazeče spočívající v délce praxe manažera zakázky v oboru a jeho účasti na realizaci zakázky charakterem odpovídající předmětné zakázce, a v rámci níž poukazuje na skutečnost, že tímto uchazečem uvedená praxe v oboru úklidových služeb je zcela dostatečná, přičemž zadavatel nikde nestanovil, že by termínem "podobný charakter zakázky" rozuměl právě odstraňování graffiti s tím, že v dokumentaci uvedl, že dodavatel může jím požadované doklady nahradit i doklady jinými, uvádím následující. Je zřejmé, že zadavatel posoudil doložení požadované praxe v oboru 10 let u obou techniků uvedených v nabídce vybraného uchazeče správným způsobem. U manažera zakázky však není v nabídce vybraného uchazeče prokázáno, že by se v posledních 3 letech účastnil (po celou dobu trvání zakázky) na realizaci zakázky na antisprejerový program nebo odstraňování graffiti (nebyla tak prokázána požadovaná praxe), v důsledku čehož zadavatel předmětný technický kvalifikační předpoklad v případě vybraného uchazeče nesprávně posoudil.
38. Dále poukazuji na skutečnost, že "podobný charakter zakázky" se musí vztahovat k předmětu plnění této zakázky, jež je zadavatelem podrobně a dostatečně určitě uveden v bodě 3.1 dokumentace, přičemž předmětem plnění dané zakázky nejsou obecné úklidové služby, nýbrž jím jsou specializované čisticí práce spočívající v odstraňování graffiti (rovněž i klasifikace předmětu zakázky odstraňování graffiti je vedena pod jiným kódem než klasifikace úklidových služeb). V této souvislosti uvádím, že vybraný uchazeč evidentně neprokázal, že by jím nabízený manažer disponoval dostatečnými zkušenostmi s vedením zakázky spočívající právě v odstraňování graffiti. Předmětná námitka zadavatele je tedy s ohledem na výše uvedené zcela nedůvodná a neobstojí ani jeho tvrzení, dle něhož lze splnění předmětného kvalifikačního předpokladu prokázat i jinými doklady. Je totiž zřejmé, že jiné doklady jsou přípustné pouze za situace, kdy je jejich prostřednictvím dokládána požadovaná skutečnost – v daném případě účast na zakázce obdobné charakteru předmětné zakázky, tedy "antigrffiti programu". Možnost prokazování požadované skutečnosti jinými rovnocennými doklady zakotvená v ustanovení § 56 odst. 8 zákona tak nelze zaměňovat za možnost prokázání jiné skutečnosti, jak uvádí zadavatel v předmětné námitce.
39. V souvislosti s konstatováním zadavatele, že vybraný uchazeč v rámci své nabídky doložil čestné prohlášení, kterým tuto část technických kvalifikačních předpokladů prokázal, přičemž Úřad extenzivním výkladem nepřípustně rozšiřuje znění dokumentace, čímž se dostává do rozporu s judikaturou NSS (dle níž mu nepřísluší přezkoumávat myšlenkové pochody jednotlivých hodnotitelů nabídek), uvádím tyto skutečnosti. Jelikož vybraný uchazeč ve své nabídce doložil životopis manažera zakázky neprokazující zadavatelem požadované skutečnosti a současně předložil čestné prohlášení tyto skutečnosti prokazující, jedná se o vnitřní rozpornost nabídky vybraného uchazeče. Ve vztahu k poslední zmíněné námitce je pak třeba poznamenat, že dokumentace musí dostatečně určitě definovat minimální úroveň splnění kvalifikačních předpokladů, přičemž nelze ponechat na úvaze členů hodnotící komise, aby tuto minimální úroveň stanovili dodatečně podle obsahu nabídek. Dodávám, že znění dokumentace Úřad nepřípustným způsobem nerozšířil, poněvadž nepřezkoumával

myšlenkové pochody hodnotitelů nabídek, ale pouze dodržení zákonného rámce postupu zadavatele při zadávání zakázky. I tato námitka vznesená zadavatelem tudíž nemůže obstát.

Požadavek na doložení návrhu a funkčního schématu internetového info systému vybraný uchazeč splnil

40. Ve vztahu k tvrzení zadavatele, v jehož rámci poukazuje na to, že nedoložení návrhu a funkčního schématu internetového informačního systému ze strany vybraného uchazeče spojuje s prezentací funkčního systému, jež je vyžadována až v rámci realizace zakázky s tím, že toto nedoložení vyplývá již z konstrukce dokumentace, která v otázce předložení info systému připouští dvojí výklad, což nemůže být přičítáno k tíži zadavatele, uvádím následující skutečnosti. Jak bylo deklarováno již v odůvodnění napadeného rozhodnutí, v bodě 2.9.1 *Technických podmínek* dokumentace zadavatel požadoval, aby uchazeč doložil návrh a funkční schéma internetového informačního systému/databáze. Podotýkám, že stejný požadavek je uveden též v bodu 1.2.5 všeobecných obchodních podmínek. S ohledem na tyto skutečnosti se ztotožňuji s konstatováním Úřadu jím prezentovaném v napadeném rozhodnutí, dle něhož vybraný uchazeč k návrhu smlouvy ani jinde v nabídce nedoložil žádný dokument, který by obsahoval návrh a funkční schéma internetového informačního systému. V žádném případě proto nelze akceptovat tvrzení zadavatele, že se jedná o zjevnou písařskou chybu, o které zadavatel a hodnotící komise nevěděli, a proto jí nevěnovali jakoukoliv pozornost.
41. Zdůrazňuji tedy, že nabídka vybraného uchazeče výše uvedený požadavek zadavatele nesplnila. Nadto je vhodné opakovaně uvést, že za obsah dokumentace je odpovědný zadavatel, přičemž tvrzené doložení návrhu funkčního schématu jakožto dodatečného dokladu tuto jeho odpovědnost nevyklučuje, poněvadž nabídku (a její úplnost) neposoudil podle požadavků vyplývajících z dokumentace. Nadto je nerozhodné, v které části dokumentace je ten který požadavek zadavatele uveden – struktura dokumentace nemá žádný vliv na intenzitu důležitosti příslušné zadávací podmínky. Z uvedených skutečností vyplývá, že daný postup zadavatele nebyl v souladu se zákonem. Předmětná námitka tudíž nemůže obstát.

Úřad stanovil výši pokuty chybným způsobem, přičemž ji dostatečně neodůvodnil; její uložení je neopodstatněné

42. V souvislosti s námitkou zadavatele, že při stanovení výše pokuty byla ze strany Úřadu použita chybná metoda, resp. Úřad nepostupoval správně, když vycházel z výše rozpočtu zadavatele, poněvadž dle něj měl vycházet z výsledku jeho hospodaření, přičemž výši jím uložené pokuty Úřad nedostatečně odůvodnil (což zakládá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí) s tím, že udělení pokuty není opodstatněné, jelikož vůči žádnému z uchazečů neuplatnil mírnější režim, uvádím následující. Nelze se ztotožnit s tvrzením zadavatele, v rámci něhož poukázal na chybný postup Úřadu při stanovení výše pokuty zadavateli. Úřad při stanovování výše pokuty vždy vychází z výše rozpočtu příslušného zadavatele, jedná se tudíž o běžnou praxi Úřadu. V případě rozpočtu se jedná o objektivní veličinu,

jež je rozhodující pro stanovení výše pokuty, poněvadž zadavatel v daném roce hospodaří s prostředky mu svěřenými na základě předem schváleného rozpočtu, přičemž závisí především na něm, jakým způsobem hospodaří, resp. jak s rozpočtem "naloží". Otázka hospodaření zadavatele proto není v dané souvislosti pro stanovení výše pokuty relevantní. Ve vztahu k této dílčí námitce je tedy třeba učinit závěr, že výše pokuty byla ze strany Úřadu stanovena správným způsobem; ani toto tvrzení zadavatele tedy nemůže obstát.

43. Ve vztahu k namítanému nedostatečnému odůvodnění výše pokuty je třeba podotknout, že Úřad postupoval v části odůvodnění napadeného rozhodnutí vztahující se k výši jím uložené pokuty zcela správně a v souladu se zákonem. Zdůrazňuji, že rozhodnutí o uložení pokuty je nepřezkoumatelné, je-li její výše odůvodněna pouhým zopakováním skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty či funkcí pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda a jakým způsobem byla tato kritéria správním orgánem hodnocena. Z judikatury NSS vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudek NSS č.j. 8 As 5/2005-53 ze dne 29. 6. 2005). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost. Úřad tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochybnosti o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu. Z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že výše pokuty uložená v tomto případě uvedeným požadavkům vyhovuje.
44. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí při stanovení výše pokuty dostatečně zhodnotil způsob spáchání deliktu a rovněž i okolnosti, za nichž byl delikt spáchán. Mám za to, že výše pokuty byla Úřadem dostatečně odůvodněna, poněvadž z odůvodnění napadeného rozhodnutí je jednoznačně patrné, k čemu přihlédl a jakou váhu danému zákonnému kritériu přiznal; postupoval v souladu s ust. § 121 odst. 2 zákona, dle něhož Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu i skutečnosti, kterými zadavatel uplatnil mírnější režim vůči jednomu z uchazečů, což lze považovat za jedno z nejzávažnějších porušení zákona, neboť zadavatel tím v rozporu se zákonem omezil soutěžní prostředí – opakovaně postupoval odlišně vůči navrhovateli a vybranému uchazeči, v důsledku čehož porušil ustanovení § 6 zákona (nedodržel princip nediskriminace a rovného zacházení). V této souvislosti je proto třeba označit námitku zadavatele, že udělení pokuty není opodstatněné, jelikož vůči žádnému z uchazečů z jeho strany nebyl uplatněn mírnější režim, za nedůvodnou.
45. Dále je nezbytné podotknout, že Úřad v bodě 71 odůvodnění napadeného rozhodnutí zkoumal, zda není naplněna podmínka uvedená v ustanovení § 121 odst. 3 zákona, dle něhož odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode

dne, kdy byl spáchán. Úřad v této souvislosti přílehlavým způsobem deklaroval, že před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona k uložení pokuty. K tomu dodávám, že Úřad postupoval správně, když v bodě 72 odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla, jelikož v daném případě došlo ke spáchání deliktu uzavřením smlouvy dne 16. 11. 2010.

46. Jak již bylo výše deklarováno, Úřad postupoval správně, když při stanovení výše pokuty přihlédl k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“, přičemž vzhledem k výši rozpočtu zadavatele na rok 2011 nelze stanovenou výši pokuty považovat ve vztahu k zadavateli za likvidační.
47. S ohledem na tyto skutečnosti je třeba ztotožnit se i s dílčím konstatováním uvedeným v bodě 76 odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož *"Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce, a to funkci represivní a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k chování, které je se zákonem v souladu. Po uvážení uvedených argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující"*. Na základě výše uvedeného je nezbytné učinit závěr, že Úřad výši jím uložené pokuty v napadeném rozhodnutí odůvodnil zcela dostatečně a rovněž přezkoumatelným způsobem. Ani tato námitka vznesená zadavatelem z toho důvodu neobstojí.

V. Závěr

48. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
49. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Městská část Praha 6, Čs. Armády 23/601, 160 52 Praha 6
2. AK Perthen, Perthenová, Švadlena a partneři, s.r.o., Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové
3. Bartoň a Partner s.r.o., Chválkovice 580, 779 00 Olomouc

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy